



ACORDÃO N°.

APELAÇÃO CRIMINAL – N.º 0020814-26.2016.814.0028.

APELANTE: VERA LÚCIA PINHEIRO DO NASCIMENTO.

APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA

PROCURADOR DE JUSTIÇA: LUIZ CESAR TAVARES BIBAS.

RELATOR: Des. MAIRTON MARQUES CARNEIRO.

EMENTA: PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 33 DA LEI 11.343/2006 – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E PLEITOS SUBSIDIÁRIOS DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO ESTABELECIDO NO ART. 28 DA LEI 11.343/2006, DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 E ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O SEMIABERTO -- AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADAS NOS AUTOS COM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS NA MODALIDADE TER EM DEPÓSITO – IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DO ART. 33 PARA O 28 DA LEI 11.343/2006 TENDO EM VISTA A EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DENOTAM A FUTURA MERCANCIA DA DROGA APREENDIDA – VALIDADE DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS COMO INDICATIVOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS – MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO DE CUMPRIMENTO DE PENA – PRESENÇA DO VETOR JUDICIAL ESPECIAL DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS VALORADO NEGATIVAMENTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. PEDIDO ABSOLUTÓRIO POR FRAGILIDADE PROBANTE E SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO CONSTANTE NO ART. 28 DA LEI N° 11.343/2006 – Resta inviável os pedidos de absolvição por insuficiência probatória e desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito do art. 28 da Lei n° 11.343/2006, tanto em decorrência da comprovação da autoria e materialidade delitiva da apelante como incurso no art. 33 da mesma lei, quanto em virtude da constatação de elementos probantes que denotam a futura mercancia da droga apreendida.

Deste modo, pode-se depreender que a apelante incorreu nas sanções punitivas do art. 33 da Lei 11.343/2006, no núcleo ter em depósito, o que afasta estes primeiros pleitos defensivos. Saliente-se a validade do depoimento prestado por policiais.

2. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 –

Tal pleito se consubstancia na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei n° 11.343/2006, alegando preencher a recorrente os requisitos ali constantes, o que não merece prosperar.

Para que seja reconhecida a causa de diminuição de pena disposta no § 4º, do art. 33 da Lei n° 11.343/2006, entende o Supremo Tribunal Federal que o agente deve preencher, de modo cumulativo, os quatro vetores legais, que se consubstanciam em: primariedade, bons antecedentes, não se



dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa.

Quanto à cumulatividade dos requisitos do §4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, como já antecipado alhures, tal matéria já fora enfrentada no HC 106.393/MG de 2011, de Relatoria da Ministra Carmem Lúcia.

No caso vertente, observa-se que a apelante, conforme Certidão Judicial Criminal Positiva de fls. 60/61, possui pesando contra si processos em andamento pelo crime de tráfico de drogas diversos do presente (Item 2 – Procedimento nº 00002278020168140028 e Item 6 – Procedimento nº 00093065920118140028).

Conforme bem asseverado pelo Juízo sentenciante, é entendimento jurisprudencial e majoritário, a idoneidade do uso de inquéritos policiais e ações penais em curso para se aferir a dedicação à atividades criminosas.

Deste modo, tais circunstâncias são indicativas de que a apelante não preenche o requisito da ausência de dedicação a atividade criminosa.

Ademais, a aplicação do referido benefício de redução de pena constitui simples faculdade do Juiz, não sendo, portanto, direito subjetivo do réu.

### 3. DO PLEITO DE ALTERAÇÃO DO REGIME FECHADO PARA O SEMIABERTO –

Pleiteia, por fim, a defesa do recorrente, a condução da apelante do regime de pena fechado para o semiaberto, o que não entendo merecer prosperar.

O §3º, do art. 33 do CPB determina que a fixação do regime inicial de cumprimento de pena se dará com observância nos arrestos judiciais do art. 59 do CPB, os quais são utilizados no processo dosimétrico na primeira fase.

No caso do rito especial do crime de droga, em especial, acrescenta-se a circunstância judicial da quantidade e natureza da droga, conforme art. 42 da Lei nº 11.343/2006, como cediço.

Nessa esteira, o Juízo, de fato, desvalorou esta circunstância na primeira fase da dosimetria, tendo em vista terem sido apreendidas 17 (dezessete) petecas de cocaína, o que pode ser confirmado pelo Laudo Toxicológico Definitivo de fl. 14 dos presentes autos.

Destarte, presente uma circunstância judicial declinada negativamente pelo Juízo, qual seja, a quantidade e natureza da droga, não há como se conceder a benesse de modificação do regime fechado para o semiaberto na espécie, motivo o qual rechaça-se também este pleito defensivo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Desembargadores, que integram a 3ª Turma de Direito Penal deste Egrégio Tribunal de Justiça do estado do Pará, à unanimidade de votos, em CONHECER do recurso e NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos da fundamentação do voto do Excelentíssimo Senhor Desembargador - Relator Mairton Marques Carneiro. O julgamento do presente feito foi presidido pelo Exm. Des. Raimundo Holanda Reis.

Belém, 18 de outubro de 2018.

Des. MAIRTON MARQUES CARNEIRO  
Desembargador Relator



APELAÇÃO CRIMINAL – N.º 0020814-26.2016.814.0028.  
APELANTE: VERA LÚCIA PINHEIRO DO NASCIMENTO.  
APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA  
PROCURADOR DE JUSTIÇA: LUIZ CESAR TAVARES BIBAS.  
RELATOR: Des. MAIRTON MARQUES CARNEIRO.

#### Relatório

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por VERA LÚCIA PINHEIRO DO NASCIMENTO contra a sentença do MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Marabá/PA, a qual condenou a apelante como incurso nas sanções punitivas do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 à pena de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 695 (seiscentos e noventa e cinco) dias-multa, em um trinta avos do salário mínimo vigente na data do fato, em regime inicial de cumprimento de pena fechado. À apelante fora negado o benefício do apelo em liberdade.

Narra a denúncia de fls. 02/06, que segundo os autos, no dia 14/11/2016, por volta das 19h00min, uma guarnição da Polícia Militar, a qual fazia policiamento ostensivo, recebeu informação de que no imóvel situado na Rua São Francisco, bairro Laranjeiras, em Marabá, a apelante estaria comercializando substância entorpecente.

Relata que diante disso, a referida equipe da Polícia Militar foi até o local indicado com a finalidade de conferir a idoneidade da informação. Chegando ao local, os policiais avistaram a recorrente junto com a Sra. Heldriene Batista Brito.

Assevera que a quando da chegada da polícia, a senhora Heldriene Batista Brito correu, ficando apenas a recorrente VERA, a qual era proprietária do imóvel. Assim, diante da fundada suspeita, a equipe da Polícia Militar adentrou no imóvel e, após uma vistoria, encontraram 17 (dezessete) petecas de Crack, prontas para serem comercializadas.

Afirma que perante a autoridade policial, a recorrente confessou que a droga era sua, aduzindo que era para seu consumo. Além disso, afirmo que comprou a substância entorpecente de um mototaxista, pela quantia de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais). Alega que a forma como a droga estava acondicionada, a quantia da mesma, o depoimento das testemunhas evidenciam claramente a prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Destaca que a recorrente já é conhecida do Poder Judiciário, haja vista que já foi presa várias vezes por tráfico de drogas, possuindo, inclusive, condenação.

Ao final, alega que a apelante incorreu nas sanções punitivas do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Em 14/02/2017, nas fls. 24/25, em audiência, a denúncia foi recebida.

Instruído e tramitado o processo, em 10/04/2017, às fls. 53/59, fora



prolatada sentença, a qual condenou a apelante como incurso nas sanções punitivas do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 à pena de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 695 (seiscentos e noventa e cinco) dias-multa, em um trinta avos do salário mínimo vigente na data do fato, em regime inicial de cumprimento de pena fechado. À apelante fora negado o benefício do apelo em liberdade.

Inconformada com a sentença condenatória, VERA LÚCIA PINHEIRO DO NASCIMENTO interpôs recurso de apelação, cuja peça de interposição repousa na fl. 62 e as razões se encontram acostadas nas fls. 71/79, pugnando pela sua absolvição por insuficiência probatória e desclassificação do delito para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Requer, subsidiariamente, o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado no patamar máximo de 2/3, com fixação do regime aberto de cumprimento de pena. Por fim, ainda subsidiariamente, pugna pela alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto.

Em contrarrazões de fls. 84/90, o Ministério Público postulou pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça, nas fls. 97/100, pronuncia-se pelo conhecimento e pelo desprovimento do presente recurso.

É o relatório, devidamente submetido à revisão.

**VOTO:**

O presente recurso de apelação manejado por VERA LÚCIA PINHEIRO DO NASCIMENTO foi interposto em consonância com os pressupostos e condições para sua admissibilidade. Assim, o conheço e passo a analisar o seu mérito.

**PLEITO ABSOLUTÓRIO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO ESTABELECIDO NO ART. 28 DA LEI ANTIDROGAS –**

Ab initio, pugna a defesa em favor da recorrente a sua absolvição por motivo de fragilidade probante nos autos, e, subsidiariamente, por sua desclassificação do crime de tráfico de drogas para de consumo próprio do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

A despeito do esforço argumentativo empregado pela defesa do recorrente, a prova constante dos autos é clara, tanto em relação à materialidade como à autoria do delito de tráfico de drogas, dando conta de que o apelante praticava a conduta ter em depósito entorpecentes para fins de comercialização.

A devida materialidade delituosa encontra reflexos no Auto de Apresentação e Apreensão de Objeto – IPL/FLAG, acostado aos autos na fl. 08, em apenso, e no Laudo Toxicológico de nº 2016.03.000655-QUI, juntado aos autos na fl. 14, o qual pode-se depreender que se tratam dos seguintes materiais apreendidos: Tratava-se de 17 (dezessete) pequenos embrulhos confeccionados em pedaços de plástico, sendo 10 (dez) de coloração esverdeada e 07 (sete) de cor preta e todos amarrados em suas extremidades por pedaços de linha de cor branca ou preta. Estes embrulhos acondicionavam substância petrificada de coloração acastanhada e de coloração amarelada. Após pesagem destes embrulhos obteve-se uma massa total de 05,976 (cinco gramas e novecentos e setenta e seis miligramas). Este material foi pesado em balança analítica da marca



GIBERTINI CRYSTAL 200 SMI. Pelo referido Laudo, obteve-se o seguinte resultado: Após realização dos exames obteve-se resultado POSITIVO, em ambas amostras, para substância entorpecente ao grupo químico da Benzolimetilecgonina, vulgarmente conhecida como Cocaína .

A autoria, por seu turno, resta incontestada com base nos depoimentos prestados pelos policiais militares, senão veja-se:

TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO WALTERCY TAVARES DE LIRA – POLICIAL MILITAR – DEPOIMENTO PRESTADO EM JUÍZO POR MEIO DE MÍDIA AUDIOVISUAL DE FL. 27 E REPRODUZIDO COM FIDELIDADE NO ÉDITO CONDENATÓRIO NA FL. 53, VERSO – A autoria da conduta e o dolo da denunciada restaram provados pela declaração da testemunha WALTERCY TAVARES DE LIRA, pois esta mencionou que participou da prisão em flagrante da acusada após terem diligenciado em sua residência e encontrado 17 (dezessete) pedras de drogas (aparentando ser crack). Na oportunidade, a imputada afirmou que a droga lhe pertencia (DVD, 07:09 minutos – fl.27) .

TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO DIEGO PINTO BARROS NETO – POLICIAL MILITAR – DEPOIMENTO PRESTADO EM JUÍZO POR MEIO DE MÍDIA AUDIOVISUAL DE FL. 52 E REPRODUZIDO COM FIDELIDADE NO ÉDITO CONDENATÓRIO NA FL. 53, VERSO – Corroborando as declarações acima, a testemunha DIEGO PINTO FREITAS disse em juízo que participou da prisão em flagrante delito da imputada, pois era comandante do agrupamento tático desta cidade e obteve várias informações colhidas na comunidade de que a acusada VERA LÚCIA era conhecida como uma das grandes traficantes da região. Diante desses relatos, diligenciaram na residência apontada como ponto de venda de drogas, e ao chegarem ao local (as duas viaturas da polícia militar envolvidas na operação), encontraram duas pessoas, tendo uma corrido e se escondido no interior do imóvel, enquanto a acusada permaneceu do lado de fora da residência. Após isso, adentraram ao imóvel e realizaram vistoria, tendo sido encontrado drogas em seu interior. Na ocasião, a acusada confessou que a droga apreendida lhe pertencia (DVD, 13:01 minutos – fl. 52) .

Frisa-se neste ponto, com relação a validade do depoimento policial, o posicionamento do STJ:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. COERÊNCIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando corroborados com outras provas produzidas nos autos, situação da espécie,



constituindo-se, assim, elemento apto a respaldar as condenações. 3. Tendo as instâncias ordinárias indicado os elementos de prova que levaram ao reconhecimento da autoria e materialidade e, por consequência, à condenação, não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, pois demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via processual. 4. Habeas corpus não conhecido.

(STJ - HC: 206282 SP 2011/0105418-9, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 12/05/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/05/2015)

Colaciono julgado de outro Tribunal pátrio sobre tal posicionamento:

**APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - CONDENAÇÃO DO RÉU - NECESSIDADE - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES - VALIDADE PROBATÓRIA.** Os depoimentos de policiais militares, de relevante valor probatório, a apreensão de drogas preparadas para o comércio e as informações de que o réu era traficante de drogas comprovam a finalidade mercantil da substância entorpecente apreendida, impondo a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas.

(TJ-MG - APR: 10775140022317001 MG, Relator: Denise Pinho da Costa Val, Data de Julgamento: 08/03/2016, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 18/03/2016)

Percebe-se, pelo arcabouço probatório coligido nos autos, que não assiste qualquer razão à alegação da defesa de que não haja acervo probante suficiente e idôneo à sua condenação, e, ainda, de que a recorrente seja apenas mera usuário de drogas, tendo apenas para consumo próprio as substâncias ilícitas apreendidas.

Constata-se que os policiais, ao se dirigirem à residência da apelante, encontraram 17 (dezessete) petecas de drogas, as quais, posteriormente, conforme Laudo Toxicológico de fl. 14, provou-se ser cocaína.

O crime de posse de drogas para uso pessoal encontra respaldo legal no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, senão veja-se:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

[...]

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Como dito, da leitura da sentença condenatória, verifica-se que a mesma está firmemente ancorada nas provas sólidas de autoria e materialidade delitiva acostada nos autos, como depoimentos testemunhais e laudo toxicológico definitivo.



Deste modo, conforme pode-se depreender pelo delineado ao norte, o apelante em tela incorreu nas sanções punitivas do art. 33 da Lei 11.343/2006, no núcleo ter em depósito, cuja conduta perpetrada restou devidamente comprovada nos autos pelos elementos acima trazidos.

Por isso, não há que se falar em configuração da apelante como autora do disposto no art. 28, da lei acima mencionada, uma vez que não trouxe a defesa elementos aptos para aferir tal argumento, sobretudo pelo fato da droga restar acondicionada e devidamente embalada, o que denota estarem prontas para mercancia.

Colaciono julgado de outro Tribunal Pátrio sobre o tema:

**APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 - RECURSO DEFENSIVO - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI 11.343/06 - INVIABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.** Considerando-se o firme acervo probatório que, por meio de coerentes relatos testemunhais e demais elementos de provas, comprovam a prática do tráfico de drogas, a condenação é medida que se impõe. O apelante não apresentou qualquer prova no sentido de que a droga apreendida destinava-se ao próprio consumo, ainda, ao exame das circunstâncias que giram em torno da apreensão da substância ilícita, entendo que não merece acolhimento o pleito defensivo de desclassificação da conduta para o delito de uso de entorpecentes. Sem quaisquer dúvidas a atormentar este Julgador, tenho que todo o conjunto probatório trazido pela Defesa foi frágil e incapaz de rebater a robusta prova testemunhal em desfavor do apelante, produzida pelo MP, não havendo que se falar em ausência de veracidade ante os fortes elementos de convicção oferecidos nos autos, mormente, pelo depoimento das testemunhas, o qual, distante de incredibilidade, mostra-se não com fincas a acusar um inocente, mas sim o contrário, revela-se basilar a contribuir para realização do justo concreto, o que desautoriza este Julgador a acolher o pleito em análise, devendo ser mantida a sentença de 1º grau no seu ulterior conteúdo.

(TJ-MG - APR: 10702140285074001 MG, Relator: Walter Luiz, Data de Julgamento: 11/08/2015, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 21/08/2015)

Assim, deve-se manter a condenação da apelante como incurso nas sanções punitivas do art. 33 da Lei 11.343/2006, por restar incontestes a sua autoria e materialidade delitivas, não havendo que se falar em absolvição e nem tampouco em desclassificação para o delito de consumo pessoal.

**PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NO PATAMAR MÁXIMO DE 2/3 –**

Pugna, ainda, a defesa da apelante pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, alegando se tratar de ré primária e estarem presentes os requisitos necessários, o que entendo não merecer prosperar pelos fundamentos que a seguir delineio.

Ab initio, trago à lume o disposto no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, que assim está plasmado em nosso ordenamento jurídico vigente:



Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

(...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Com efeito, para que seja reconhecida a almejada causa de diminuição de pena disposta no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, entende o Supremo Tribunal Federal que o agente deve preencher, de modo cumulativo, os quatro vetores legais, que se consubstanciam em: primariedade, bons antecedentes, não se dedique à atividades criminosas e não integre organização criminosa.

Quanto à cumulatividade dos requisitos do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, como já antecipado alhures, tal matéria já fora enfrentada no HC 106.393/MG de 2011, de Relatoria da Ministra Carmem Lúcia, cuja ementa transcrevo a seguir:

**HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIGURA PRIVILEGIADA. REQUISITOS CUMULATIVOS. EXAME DE PROVA NAS INSTÂNCIAS ESTADUAIS. LIMITES INSTRUTÓRIOS DO HABEAS CORPUS. PRECEDENTES.** - Não é o habeas corpus meio processual adequado para a reapreciação de matéria de fato demarcada nas instâncias originárias. - São cumulativos os requisitos necessários ao deferimento dos benefícios do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. - Constitui óbice ao reconhecimento da figura privilegiada no tráfico o comprovado envolvimento da Paciente com atividade criminosa organizada. - Denegar a ordem.

No caso vertente, observo que a apelante, conforme Certidão Judicial Criminal Positiva de fls. 60/61, possui pesando contra si processos em andamento pelo crime de tráfico de drogas diversos do presente (Item 2 – Procedimento nº 00002278020168140028 e Item 6 – Procedimento nº 00093065920118140028).

Conforme bem asseverado pelo Juízo sentenciante, é entendimento jurisprudencial e majoritário, a idoneidade do uso de inquéritos policiais e ações penais em curso para se aferir a dedicação à atividades criminosas, senão veja-se:

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE.** I - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias no âmbito do apelo extremo (Súmula n. 7/STJ). II - "[...] é possível a utilização de inquéritos



policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06" (EREsp n. 1.431.091/SP, Terceira Seção, de minha relatoria, DJe de 1º/2/2017).

Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no AREsp: 980345 BA 2016/0237850-8, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 16/05/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/05/2017)

Deste modo, estas circunstâncias ao norte delimitadas são indicativas de que a apelante não preenche o requisito da ausência de dedicação a atividade criminosa.

Ademais, a aplicação do referido benefício de redução de pena constitui simples faculdade do Juiz, não sendo, portanto, direito subjetivo do réu, pois o §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 estabelece, como transcrito alhures, que nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços.

Em face disso, entendo não prosperar o pedido de reconhecimento da figura de tráfico privilegiado na espécie.

#### **DO PLEITO DE ALTERAÇÃO DO REGIME FECHADO PARA O SEMIABERTO –**

Pleiteia, por fim, a defesa do recorrente, a condução da apelante do regime de pena fechado para o semiaberto, o que não entendo merecer prosperar. Explico.

O art. 33 do Código Penal, assim está disposto:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

O §3º, deste transcrito artigo determina que a fixação do regime inicial de cumprimento de pena se dará com observância nos arrestos judiciais do art. 59 do CPB, os quais são utilizados no processo dosimétrico na primeira fase.

No caso do rito especial do crime de droga, em especial, acrescenta-se a circunstância judicial da quantidade e natureza da droga, conforme art. 42



da Lei nº 11.343/2006, como cediço.

Nessa esteira, o Juízo assim desvalorou tal circunstância na primeira fase:

Por fim, no tocante à circunstância específica prevista no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 (natureza e quantidade da droga), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de bis in idem, caso a mesma circunstância (quantidade e natureza da droga) seja utilizada na primeira e na terceira fases da dosimetria, mas admitiu que tal circunstância pode ser avaliada em qualquer delas (desde que apenas em uma). Assim sendo, entendo que, nos casos em que não se encontra presente a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga devem ser valoradas na primeira fase da dosimetria. Por outro lado, presente a causa de diminuição em comento, a quantidade e a natureza da droga devem ser levadas em consideração apenas na terceira fase, para fins de estabelecimento do quantum de redução da pena, pois, caso contrário, conforme reconheceu o próprio Supremo Tribunal Federal, "o julgador ficaria limitado a aplicar, indistintamente, a maior fração a todos os condenados que fizessem jus à redução, a acarretar uma uniformidade de apenamento, em flagrante violação dos princípios da isonomia, da proporcionalidade, da legalidade, da motivação e da individualização da pena". No caso dos autos, portanto, analiso esta circunstância na primeira fase, pois não vislumbro aplicabilidade da causa de redução de pena prevista no § 4º do artigo 33da Lei nº 11.343/2006.

Tendo em vista que a quantidade da droga apreendida não se mostra insignificante (17 petecas de crack), assim como a natureza do material entorpecente encontrado em poder da acusada (crack) denota alto poder lesivo, considero tais elementos desfavoráveis e fixo a pena base em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Destarte, presente uma circunstância judicial declinada negativamente pelo Juízo, qual seja, a quantidade e natureza da droga, não há como se conceder a benesse de modificação do regime fechado para o semiaberto na espécie, motivo o qual rechaça-se também este pleito defensivo.

Ante todo o exposto, pelos fundamentos constantes no presente voto, **CONHEÇO DO RECURSO e NEGO-LHE TOTAL PROVIMENTO**, mantendo-se todos os termos exarados pelo Juízo irretocáveis.

É voto.

Belém, 18 de outubro de 2018.

Des. MAIRTON MARQUES CARNEIRO  
Desembargador Relator